

母への親権者変更を認めないイラン・イスラム法と国際私法上の公序

- 【文献種別】 審判／東京家庭裁判所
【裁判年月日】 平成22年7月15日
【事件番号】 平成21年(家)第11448号
【事件名】 親権者変更申立事件
【裁判結果】 申立て認容
【参照法令】 民法766条2項・819条6項、家事審判法9条1項乙類4号、
法の適用に関する通則法32条・42条
【掲載誌】 家月63巻5号58頁

LEX/DB 文献番号 25471026

事実の概要

X(申立人・コロンビア・イラン国籍女性)は、平成10年に短期の在留許可で日本に上陸したが、在留期間経過後も日本に留まり、平成11年、同じく違法滞在中のY(相手方・イラン国籍男性)と交際を始めた。平成13年にYは逮捕され、イランに退去強制されたが、その後再び日本に不法入国し、Xと同居生活を始めた。XとYは同年A(子・コロンビア・イラン国籍)をもうけたが、Aのため在留手続を取らなかったため、Aもまた超過滞在となった。また、同年にはXの子Bも短期の在留資格で入国し、X・Y及びAと同居し、区立小学校に通学するようになったが、在留期間経過後も日本に留まり超過滞在となった。平成14年、XとYは東京都〇〇区長に婚姻届を提出して受理された。

XとYは、平成15年退去強制により、A及びBとともにイランに出国したが、イラン滞在中に生活習慣等が原因で不和が生じ、再び日本での生活を望むようになった。そして、平成16年、A及びBとともに、他人名義の旅券を使用して日本に上陸した。しかし、その後も夫婦関係は修復されなかったため、同年、XがBを、YがAを引き取って別居を始めたのち、東京都〇〇区長により、Aの親権者をYとする離婚届が受理された。

Xは、平成19年、Z(日本の永住資格を有する外国籍者)と婚姻し、その息子2人及びBとともにXの住所地で同居を始めた。そして、XとBは、XがZと婚姻していることや、日本に生活の基盤

を有することから、日本での在留を希望し、平成20年に、入国管理局に出頭して出入国管理及び難民認定法(以下、入管法)につき違反事実を申告して在留特別許可を申請した。他方、Yは、同年無免許運転中に交通事故を起こして被害者を死亡させ、その後実刑判決が確定し、現在服役中である。

Yの逮捕後、AはYの交際相手の日本人女性により監護されていたが、平成21年、同女からAの引き取りを頼まれたXがAを自宅で監護するようになった。その後、XがYに対し、Aの親権者をYからXに変更することを提案したところ、Yは、実刑判決が確定して当分自宅には戻れないからAのことをXに頼みたいとして、イラン大使館でAの親権について手続をするよう依頼した。Yは、Aの代理人としてXをAの後見人として選任する旨の書状をXに送付し、Xはこれをイラン大使館に持参したが、手続上の問題からYの要望は実現しなかった。

Xは、平成21年に入管法違反の現行犯で逮捕され、同年執行猶予付きの有罪判決を受け入国管理局に収容されたが、平成22年仮放免された。

Aは、Xが引き取って以来、心身共に健康に成長しており、平成21年からはX住所地近くの小学校に通学している。Xの収容中は、ZがAの監護養育を行っており、Zは今後もAの監護養育に協力する意向である。Xは、本件によりAの親権者となれば、在留資格のないAについても、法定代理人として在留特別許可の申請をすることを予定している。

そこで、Xは東京家庭裁判所にAの親権者をYからXに変更するよう求める申立てをおこなった。

審判の要旨

1 「本件は、コロンビア国籍及びイラン国籍を有するX(子の母)が、イラン国籍を有するY(子の父)に対し、イラン及びコロンビアの二重国籍を有するA(子)の親権者をYからXに変更することを求めるものであるところ、上記認定した事実によれば、現在いずれの当事者も日本に在住しており、Aは、今後も日本で生活することが見込まれることからすれば、本件につき、日本の裁判所が国際裁判管轄権を有すると解するのが相当である。」

2 「本件の準拠法について…」

(1) 「法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。)によれば、Xの本国法はコロンビア法、Y及びAの本国法はイラン法となる(通則法38条1項本文)。イランは宗教により身分法を異にする人的不統一法国であるが、同国には、通則法40条1項にいう「規則」がないため、Y及びAの本国法は当事者に最も密接な関係がある法とすべきところ、Yはイスラム教徒であること、Aは特定の宗教に入信していないが、上記認定したとおりイランにおいてYの親族と同居していたことがあることからすれば、Y及びAの本国法はいずれもイラン・イスラム法と認定するのが相当である。」

(2) 「そうすると、本件における準拠法は、Y及びAの共通本国法であるイラン・イスラム法となるが(通則法32条)、上記認定した当事者らの生活状況、特に、Yが刑事施設において受刑中であり、現実には親権者としての義務を果たすことができない状態にあることに鑑みれば、Aの親権者をYからXに変更すべき必要性が高く、YもXが親権者となることに賛成の意向を示していると認められるにもかかわらず、イラン・イスラム法に準拠するときには、親権は常に子の父が有し、子の親権者を母に変更することはできないことになり、かかる結論は、親権者の変更は子の福祉を中心に考慮して決定すべきものとする我が国の社会通念に反する結果をきたし、ひいては公の秩序

又は善良の風俗に反する……。よって、本件においては、通則法42条により、イラン・イスラム法を適用せず、日本法(民法819条6項)を適用して、Aの親権者をYからXに変更するのが相当である。」

判例の解説

本審判は、現在父が有している子の親権について、母が自らへの親権者変更の申立てをおこなった事例である。そこでは、親権者変更申立ての国際裁判管轄について(上記審判の要旨1)、人的不統一法国に属する者の本国法について(同2(1))、及びイラン・イスラム法の適用と公序について(同2(2))論じられているので、以下ではそれぞれの論点につき考察する。

一 親権者指定(変更)申立事件の国際裁判管轄について

これまでの判例において、親権者指定の国際裁判管轄が問題として取り上げられる場面は、離婚訴訟などにおいて付带的に親権者の指定が申し立てられる場合と、もう一つは、親権者の指定や変更が単独で求められる場合である。前者においては、その多くが親権者の指定を離婚に付随する問題ととらえて独自の国際裁判管轄を論じない¹⁾。本審判のように、両親の離婚問題と切り離して申立てがおこなわれる場合は、子の住所地国に管轄を認めるものがほとんどであり²⁾、学説においても、子の住所地国に国際裁判管轄を認める点において争いはない³⁾。ただ、子の住所をどのように解するかについては議論があり、必ずしも厳格な住所と解するのではなく、子の福祉の観点からより柔軟に広い概念でとらえるべきとの見解がある⁴⁾。判例上「住所地または常居所地」に管轄を認めたもの⁵⁾や「子の生活関係の密接な地」に管轄を認めたもの⁶⁾があるが、そこでは特に住所地との違いを説明していない。こうしたことから、子の福祉を重視する立場からは、表現はどうかあれ当該地国での裁判に適するに足る程度の、子と当該地との結びつきがある場合に、判例は管轄を認めているとする理解が妥当ではないかとされる⁷⁾。

本件では、現在いずれの当事者も日本に在住しており、子は今後も日本で生活することが見込ま

れることから、わが国の国際裁判管轄を認めている。前述のごとく学説や判例における見解の相違にもかかわらず、すべての当事者が日本に在住していることから、国際裁判管轄の肯定には異論を差し挟む余地はなかったとする見解もある⁸⁾。ただ、本件の特徴は、すべての当事者が、退去強制されながらもわが国において違法な出入国を繰り返すなど、現時点においても不法滞在である事実が認められることである。本審判では、わが国の国際裁判管轄を認める根拠として、未成年者Aが今後も日本で生活することが見込まれることなどを述べるが、当事者らの意思は別にしても、彼らが今後も日本に居住し続けることができるかはひとえに行政庁の判断に待つところであり、認定の根拠はきわめて不明確である。さらには子の住所・常居所につき柔軟な解釈をしているように思われるが、わが国での常居所の認定は法務省民事局長通達による基準によるのが一般である⁹⁾。そこにおいては、日本人の常居所認定に比して、外国人のそれについては入管法上認められた在留資格を基準として認定が行われる等、外国人にはより厳格であるといえる。それにもかかわらず、子の住所地や常居所地の認定の問題については、その滞在事情の違法・不法は問うところではないとの判断をすることも一理ではあるが、いずれにせよこうした事情が本件における国際裁判管轄の判断において、いかなるウェイトを占めるかについて一言あるべきではなかったかと思われる。

二 準拠法の決定について

親権者の指定及び変更については、通則法 32 条により、子の本国法が父または母の本国法（父の一方が死亡し、または知れない場合にあっては、他の一方の本国法）と同一である場合には子の本国法、その他の場合には子の常居所地法によるとされる。本件審判においては、Aの本国法がXまたはYの本国法と同一であるかの判断がまずは問題とされるところ、Xの本国法はコロンビア法、Y及びAの本国法はイラン法とした。しかし、イランは宗教により身分法を異にする人的不統一法国家であることから、通則法 40 条 1 項により、Y及びAの本国法をさらに絞り込むという作業がおこなわれている。

1 人的不統一法国家に属する者の本国法の

決定について

よく知られるように、イランは、人が属する宗教により適用される法を異にする人的不統一法国家である。例えば、イランの人口は約 7,400 万人（2010 年）とされるが、その大多数である約 90%がイスラム教シーア派 12 イマーム派に属しており、非シーア派イスラム教徒が数%、残りはゾロアスター教徒、ユダヤ教徒及びキリスト教徒がそれぞれ 1%ずつという構成になっている。そこで、イラン・イスラム共和国憲法は、イランの公的宗教をイスラム教シーア派 12 イマーム派としつつ（12 条）、ゾロアスター教徒、ユダヤ教徒及びキリスト教徒のみを宗教的少数者として認め、それらの宗教上の慣習及び規律がそれぞれの独自の属人法となることを認めている¹⁰⁾。具体的には、「シーア派でないイラン人の属人法を裁判所において顧慮することの許容に関する法律（1933.7.22）」（以下、1933 年法）が今もなお通用力を有することが確認され、今日のイランにおいては、シーア派 12 イマーム派のそれとは異なる属人法が適用されるには次の要件を満たさねばならないとされる。①事案がイスラム教シーア派教徒に関係しないこと、②その属人法を規律する宗教が公的に承認されていること、及び③非シーア派の属人法の規律が公序に反しないことである。これらの要件が充足されると、1933 年法に従って、家族に関する争訟には、非シーア派イスラム教徒、ゾロアスター教徒、ユダヤ教徒またはキリスト教徒の属人法が適用される¹¹⁾。このようにイラン・イスラム法における実質法秩序内での問題として、人的に異なる複数の法の中からいずれの法律を適用すべきかを決定するものであるこうした規則は、いわゆるイランにおける人際法というべきであろう¹²⁾。

人的不統一法国家の国籍を有する者の本国法の決定について、通則法 40 条 1 項は、当事者が人的に法を異にする国の国籍を有する場合には、まず「その国の規則に従い指定される法」を当事者の本国法とすると規定し、間接指定主義を採用している。そのような規則がないときは、当事者に最も密接な関係のある地域の法を本国法として直接指定するというものである。このような準拠法の特定的方法は、地域的（場所的）不統一法国家に属する者の本国法の決定（通則法 38 条 3 項）とほぼ同様であるといえるが、法の人的抵触と場所的抵

触とを同視するこうした見解¹³⁾に対しては、次のような有力な批判がある。すなわち、法の人的抵触の問題は、人的不統一法国の實質私法秩序内において内容の異なる規定のいずれを適用すべきかという問題に過ぎず、本来その解決は、その国の人際法の規則に委ねるほかないのであるから、これを法廷地の国際私法の立場から直接にその解決を図ることは疑問であると¹⁴⁾。こうした理解に立てば、「その国の規則」（その国の實質法上の人際法規則）に従うことは当然であって、当該国の實質法上そのような規則が「ないはずはない」¹⁵⁾のであり、同条1項括弧書き部分の「そのような規則がない場合」とは、単に外国法不明の場合の処理について定めたものと解する¹⁶⁾か、無用であると解する他ないとする¹⁷⁾。これに反論する見解として、法の人的抵触の問題も法廷地国際私法自体の立場から直接に解決しようとするのは論理上不可能ではなく、そうした解決も立法政策上は許されるとするものがある¹⁸⁾。しかし、人的不統一法国の事情は複雑かつ多様であり、人的抵触の解決には婚姻による改宗や棄教などの實質法的方法によるものもある。したがって、人的不統一の場合を場所的不統一の場合と同視することは適当でなく、人的不統一法国の法が準拠法として指定された場合には、その指定の段階で法廷地国際私法の役割は終了し、具体的な法の適用は専らその準拠實質法秩序内における処理に委ねることが理論的には一貫した態度というべきであろう¹⁹⁾。

さて、本審判では通則法32条の適用にあたって、人的不統一法国に属するY及びA親子が同一本国法を有するか否かについては、通則法40条1項の「その国の規則」がない場合として間接指定によらず、同項括弧書きにいう直接指定によりそれぞれの最密接関係地法として、Yには、イスラム教徒であることからイラン・イスラム法を、Aには、特定の宗教に属してはいないものの、イランにおいてYの親族と同居していたことがあるという事情を考慮してイラン・イスラム法を、それぞれの本国法として認定している。本審判と同様に、間接指定を原則としながらもそれが適わない場合に直接指定によって、各人がいかなる人的グループの法律をその本国法とするかについて絞り込んで判断がなされた事例として、東京地判平2・12・7（判時1424号84頁）²⁰⁾や宇都宮家審

平19・7・20（家月59巻12号106頁）²¹⁾があるが、前述した有力説からは批判がある²²⁾。例えば、夫婦が共にインド国籍を有していても、一方がキリスト教徒であり、他方がヒンズー教徒である場合には、同一本国法は存在しないこととなるが²³⁾、人的な法の不統一はその国の實質上の区別に過ぎないと考えられることから、前者の事例では、インドネシア法を親子の同一本国法としたうえで、インドネシア法上、父がイスラム教徒で子がそうでない場合の親子関係を規律するルールは何かを検討すべきであったとされる²⁴⁾。上述のように、イラン・イスラム共和国憲法12条及び13条や1933年法が、人際法規則であるとする立場からすれば、本審判においても、Y及びAの同一本国法をイラン法としたうえで、イラン法上、Yがイスラム教徒であり、Aがそうでない場合のこうした親子関係を規律するルールは何であるかについて、イランの人際法により導きだすべきであったとの批判がなされよう²⁵⁾。

ところで、本件では、コロンビアとイランの二重国籍者である母の本国法がコロンビア法と認定されたが、そこに至る判断過程は明らかにされていない。おそらくは、妻（母）のイラン国籍は夫（父）との婚姻により取得したものであることなどからコロンビアが最密接関連地とされたと思われる。しかし、コロンビアとイランの二重国籍者である子の本国法については、次のような事情の検証が必要である。筆者はイランの国籍法や親子法に暗いため推測に因るところが大であるが、子はその出生時においては、母が未婚であったことから、母の国籍であるコロンビアの単一国籍者であったと思われる。その後、父子関係が確定し、父母の婚姻などから、わが国でいうところの準正の効果等が得られるなどして父のイラン国籍が付与されたのであろうが、そうしたイラン人との父子関係の成立やそれに伴うイラン国籍取得に至る過程は明らかにされていない。本審判において、何故父のイラン国籍が子の生来国籍であるコロンビア国籍よりも重く受け止められているのかについては、若干疑問の残るところである。

2 イラン・イスラム法の適用と公序

本審判では、親権者変更の準拠法がY及びAの同一本国法であるイラン・イスラム法とされた（通則法32条）。当事者らの生活状況とりわけYが現

実に親権者としての義務を果たせない状況にあることから、Aの親権者をXに変更すべき必要性が高いにもかかわらず、イラン・イスラム法に準拠するとすれば子の母を親権者として変更することができないとすることは、公序に反するとして、通則法42条により、イラン・イスラム法を適用せず日本法(民法819条6項)を適用し、Xへの親権者変更を認めた。

学説では、通則法42条における公序則の発動要件について、事案のわが国との関連性(内国関連性)と外国法の適用結果の異常性を重視する、もしくはその相関関係によるとするのが通説である²⁶⁾。本審判における認定のように、親権者変更の準拠法であるY及びAの本国法が母への親権に関わる変更を全く認めていない場合は、準拠法の決定にあたって子の保護に対する配慮が払われている²⁷⁾。現状からすれば、国際私法上の公序則の発動を行うことも考えられ、そこでは、イラン・イスラム法を適用した具体的結果の異常性と事案のわが国との関連性についての検討がなされることになる。

その際には、まず、申立人XがAの親権者となることについてイラン・イスラム法を適用した結果が、わが国の基本的法秩序を侵害することになるかが問題となる。この点につき、親権者である父Yが、現在収監中であり、現にAに対する適当な親権を果たすことができない状況の中で、Xへの親権者変更が認められないとすることは、わが国の法秩序の許容限度を逸脱するとして、また一方で、事案の内国関連性については、現在いずれの当事者も日本に在住しているということ等、本件事案には、わが国との関連性を裏付ける要素は十分であるとして本審判を評価する向きもある²⁸⁾。しかし、ここにおいても若干の疑問は、イラン法において母は全く親権に関わる権利が認められていないかという点である。一般に、イスラム法においては、父が子の扶養について総括的な義務をもつ一方、母は実際的に、出産に続いて哺乳し、自分の腕の中で育てる権利を有しているとされる²⁹⁾。この母の権利(監護権)をハダナと呼び、子の身上及び財産に関する包括的な権利義務(親権)については、父または父系血族に限るとしても、日常生活における衣食住の世話や躰などの監護権は、一定の年齢に達するまでは、優先的に母に付与されるのが原則とされる³⁰⁾。これらはイ

スラム法で一般にいわれるところであり、もちろん学派・宗派により規定の内容は異なるが、イスラム法における子の監護については、少なくとも母は全くの無権利とはなっていないように思われる。仮に、本審判で指定された準拠法であるイラン・イスラム法の内容が、こうしたイスラム法一般の理解と基本的には異なるところがないとするならば、異質性もそれほど大きなものとはいえず、結論にも影響を与える余地が残されていたのではないだろうか。

●—注

- 1) 酒井一・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕187頁。裁判例としては、横浜地判昭39・8・14下民集15巻8号2002頁、千葉地判昭47・3・31判時682号50頁、東京家審昭63・2・23家月40巻6号65頁。
- 2) 松山家宇和島支審昭51・1・9家月29巻3号101頁、静岡家審昭62・5・27家月40巻5号164頁、那覇家審平3・4・1家月43巻10号44頁、大阪家審平8・2・9家月49巻3号66頁、京都家審平18・3・31家月58巻11号62頁、前橋家審平21・5・13家月62巻1号111頁ほか。
- 3) 松原正明「涉外子の監護紛争の処理」岡田学=野田愛子編『講座 実務家事審判法(5)』(日本評論社、1990年)225頁、道垣内正人・ジュリ991号140頁、岡野祐子・涉外判例百選〔第3版〕212頁。
- 4) 例えば、子が外国での寄宿舎で生活している場合や一時的に外国の親族の元に預けられる場合など、親元から離れた場所に生活の本拠があるときは、子の住所を親の住所と同じとする見解として、松原・前掲注3)226頁、道垣内正人「親権者の指定・変更の裁判管轄と準拠法」判タ747号473頁。
- 5) 東京高決平20・9・16家月61巻11号63頁、(原審)東京家審平20・8・7家月61巻11号65頁、東京家審平元・9・22家月42巻4号65頁。
- 6) 大阪家審平6・12・2家月48巻2号150頁。
- 7) 村上幸隆・戸時653号26頁。高橋宏司・戸時674号51頁参照。東京高決平20・9・16を契機として、子の住所概念は、「子が現実的に居住し、今後も居住する見込み」があればよいとする説(早川眞一郎・リマークス41号146頁)、「実際に子が国内に居住していればよい」とする説(永山倫代・平成21年度主要民事判例解説(別冊判タ29号)144頁)、「滞在期間を問わず、……子の居住地(現在地)」でよいとする説(織田有基子・戸時660号8頁)、「子供の所在で足りる」とする説(渡辺惺之・判タ1189号76頁)などが見られる。いずれも民法上の住所概念ではなく、居所や現在地程度の法廷地との関連があれば足りるとする趣旨であると解される。
- 8) 嶋拓哉・ジュリ1434号153頁。
- 9) 法務省民事局長通達「法例の一部を改正する法律の施

- 行に伴う戸籍事務の取扱いについて」(平成元年10月2日付民二第3900号)。
- 10) 植松真生・ジュリ1376号334頁。
- 11) 1933年法は1箇条からなるとされ、その内容は以下のとおりである。「その宗教が公的に承認されている非シーア派イラン人の属人法、相続法および遺言に関しては、裁判所はそれらの宗教上の慣習および慣習法を、法律の規定が公序に反する場合を除き、次のように顧慮しなければならない。／1・婚姻および離婚に関する争訟においては、夫が属する宗教の慣習および規律による。／2・相続および遺言に関する争訟においては、死亡した者の宗教の慣習および規律による。／3・養子縁組に関する争訟においては、養父または養母が属する宗教の慣習および規律による。」以上、植松・前掲注10)334頁参照。
- 12) 植松・前掲注10)334頁。
- 13) 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣、2005年)183頁、桜田嘉章『国際私法〔第5版〕』(有斐閣、2006年)96頁、石黒一憲『国際私法〔第2版〕』(新世社、2007年)129頁。
- 14) 山田鎌一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣、2004年)89頁、道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』(有斐閣、2007年)192～194頁。木棚＝松岡＝渡辺『国際私法概論〔第5版〕』(有斐閣、2007年)67頁、佐野寛『注釈国際私法(第2巻)』(有斐閣、2011年)302頁。
- 15) 道垣内・前掲注14)194～195頁。
- 16) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』(有斐閣、2006年)44頁、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法〔第2版〕』(有斐閣、2006年)77頁。
- 17) 山田・前掲注14)89頁。
- 18) 出口耕示『基本論点国際私法〔第2版〕』(法学書院、2001年)192頁。
- 19) 佐野・前掲注14)296～297頁。
- 20) 河野俊行・リマークス7号165頁、信濃孝一・平成4年度主要民事判例解説(判タ821号)164頁、村重慶一・戸時431号50頁、伊藤弘子・国際私法判例百選〔新法対応補正版〕18頁。
- 21) 澤田省三・戸籍820号1頁、金汶淑・民商139巻1号119頁、森田博志・千葉23巻3号159頁、中野俊一郎・リマークス37号152頁、南敏文・平成19年度主要民事判例解説(別冊判タ22号)272頁、植松真生・平成20年度重要判例解説(ジュリ臨時増刊1376号)333頁、佐々木彩・東洋法学53巻3号343頁、長田真里・戸時656号38頁。
- 22) 道垣内・前掲注14)204～205頁。
- 23) 澤木敬郎＝南敏文『新しい国際私法』(日本加除出版、1990年)33頁。
- 24) 澤木＝道垣内・前掲注16)95頁。
- 25) 嶋・前掲注8)154頁、道垣内・前掲注14)203頁以下。
- 26) 桜田・前掲注13)123頁、道垣内・前掲注14)258頁、河野俊行『注釈国際私法(第2巻)』(有斐閣、2011年)335頁。裁判例として、神戸家審7・5・10家月47巻12号58頁、宇都宮家審19・7・20家月59巻12号106頁、熊本家審22・7・6LEX/DB文献番号25464099がある。また、外国法の内容の異常性も公序則発動の要件として勘案すべしとする見解として、植松・前掲注10)334頁。さらには、横山潤「家事事件における公序則の適用」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務大系(5)』(新日本法規出版、2008年)487頁参照。この見解によるとされる裁判例として、大阪高判昭55・9・24家月33巻3号48頁、東京地判平2・11・28判時1384号71頁など。嶋・前掲注8)155頁参照。
- 27) 河野・前掲注26)135頁、溜池・前掲注13)470頁。
- 28) 嶋・前掲注8)155頁。
- 29) 園田格「宗教と法——その東南アジア諸国における研究メモ」長崎大学東南アジア研究年報8号124頁。
- 30) 柳橋博之『イスラーム家族法』(創文社、2001年)569頁。

沖縄国際大学教授 熊谷久世